RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2110/2019-LCI **ATA/157/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 9 février 2021

3ème section

dans la cause

VILLE DE GENÈVE - DÉPARTEMENT DES CONSTRUCTIONS ET DE L'AMÉNAGEMENT

contre

DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE - OAC

SWISSCOM (SUISSE) SA

_____

Recours contre la décision incidente du Tribunal administratif de première instance du 1er octobre 2020 (DITAI/402/2020)

EN FAIT

1) Par décision n° DD 11'942 du 23 avril 2019, le département du territoire - OAC (ci-après : DT) a octroyé à Swisscom (Suisse) SA (ci-après : Swisscom) une autorisation de modification d'une installation de téléphonie mobile sise 30, quai Ernest-Ansermet, en ville de Genève.

2) Le 31 octobre 2018, le service de l'air, du bruit et des rayonnements non ionisants (ci-après : SABRA) avait émis un préavis favorable sous condition.

Un mesurage de contrôle des immissions de rayonnements non ionisants (ci-après : RNI) à sept lieux à utilisation sensible (ci-après : LUS) dans les environs de l'implantation, où celles-ci étaient supérieures à 80 % de la valeur limite de l'installation (ci-après : VLInst), devait être effectué.

3) Le 7 janvier 2019, la Ville de Genève (ci-après : la ville) avait émis un préavis défavorable.

L'installation était trop proche d'une école primaire. Il fallait que l'installation soit en tous points conforme aux règles fixées par l'ordonnance sur la protection contre le rayonnement non ionisant du 23 décembre 1999 (ORNI - RS 814.710) et qu'il soit démontré qu'aucune autre installation à proximité ne puisse répondre aux besoins couverts par l'installation projetée.

4) Le 28 mai 2019, la ville a recouru contre l'autorisation auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), concluant à son annulation.

Avec un écart maximal de ± 45 %, l'incertitude de la prise d'échantillon quant au respect de la valeur limite d'immission (ci-après : VLI), arrêtée à 5 V/m par l'ORNI, était trop grande pour garantir que la limite ne serait pas dépassée. Le dernier étage de l'école primaire Cité-Jonction enregistrait par exemple une valeur de 4.83 V/m correspondant à 96.6 % de la VLInst. Le 6ème étage du bâtiment d'habitation du 22, avenue de Sainte-Clotilde enregistrait 4.75 V/m, soit 95 % de la CLInst. Trois autres LUS enregistraient 4.93 V/m respectivement 4.94 V/m, soit 98.6 % respectivement 98.8 % de la VLInst.

Le DT aurait dû fixer à 3.45 V/m la limite maximale de la VLI, en prenant en compte la marge d'erreur de 45 %.

Les dernières informations fournies par l'office fédéral de l'environnement (ci-après : OFEV) quant aux effets sur la santé n'étaient pas rassurantes. Or, un groupe de travail mis en place par le Conseil fédéral devait rendre à l'été 2019 un rapport accompagné de recommandations sur les besoins et les risques en matière de téléphonie mobile. Il fallait attendre la remise de ce rapport.

5) Le 1er juillet 2019, Swisscom a conclu au rejet du recours.

6) Le 4 septembre 2019, le DT a réclamé la suspension de l'instruction du recours jusqu'au dépôt du rapport du groupe d'experts. Quelques jours avant la délivrance de l'autorisation, le Grand Conseil genevois avait voté une motion invitant le Conseil d'État à mettre en place un moratoire concernant l'installation de la 5G, et le 5 avril 2019, le président du Conseil d'État avait décidé de suspendre la délivrance des autorisations d'installer les antennes 5G, dans l'attente du résultat des travaux en cours de l'OFEV.

7) Le 12 septembre 2019, Swisscom s'est opposée à la suspension.

8) Le 25 septembre 2019, la ville a appuyé la demande de suspension.

9) Par décision DITAI/465/2019 du 4 octobre 2019, la présidence du TAPI a ordonné la suspension de la procédure.

Le rapport à rendre par le groupe d'experts mandaté par l'OFEV était de nature à influer sur la cause, ses conclusions pouvant affecter la légalité de l'autorisation querellée.

10) Le 12 mars 2020, Swisscom a demandé au TAPI la reprise de la procédure. Le rapport du groupe d'expert avait été publié sur le site de l'OFEN. Il confirmait l'état actuel de la science, soit qu'aucun effet sur la santé n'avait été prouvé en dessous des VLI.

11) Le 13 mai 2020, le DT s'est opposé à la reprise de l'instruction. Les experts n'étaient apparemment pas parvenus à se mettre d'accord sur le respect par les VLInst du principe de précaution en cas de développement des antennes de téléphonie mobile, et n'avaient pas émis de recommandations sur une éventuelle modification des VLInst, ni donné de réponse sur le principe de précaution, puisque le rapport admettait que les effets sanitaires des nouvelles fréquences utilisées pour la 5G n'étaient pas encore totalement connus. Le Conseil d'État avait prolongé le moratoire. La Confédération, cinq mois après la parution du rapport, s'était limitée à décider de la suite de la procédure, et à recommander l'adoption de mesures d'accompagnement. Le risque de décisions contradictoires subsistait, ce que Swisscom ne contestait pas. Le principe de célérité devait le céder au principe de précaution.

12) Le 15 mai 2020, la ville s'est opposée à la reprise de l'instruction.

Le groupe de travail de l'OFEV n'avait pas, faute d'expertise nécessaire, pris en compte de nombreuses études préoccupantes sur l'effet du rayonnement haute fréquence. Or plusieurs menaces sur la santé étaient soit établies soit probables. Les experts préconisaient un monitoring des effets sur la santé, l'encouragement de la recherche sur les effets potentiels sur la santé et la création

d'un service de consultation de médecine environnementale sur les RNI. Le Conseil fédéral avait validé ces propositions, et chargé le département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (ci-après : DETEC) d'élaborer une aide à l'exécution sur le traitement des antennes adaptatives, après avoir réalisé des mesures d'essai afin de déterminer de manière transparente l'exposition effective de la population aux antennes. L'Organisation mondiale de la santé (ci-après : OMS) réalisait une évaluation systématique des études scientifiques parues sur la question. La reprise de l'instruction était prématurée.

13) Le 5 juin 2020, Swisscom s'est opposée au maintien de la suspension. Le principe de précaution était fixé dans l'ORNI exclusivement, et les autorités cantonales ne disposaient d'aucune marge de manœuvre pour élaborer des dispositions visant à protéger la population contre le rayonnement des installations de téléphonie mobile. L'office fédéral de métrologie (ci-après : METAS) avait publié le 18 février 2020 la méthodologie applicable aux nouvelles fréquences 5G, laquelle péjorait le résultat des mesures de l'opérateur. L'OFEV avait adressé le 31 janvier 2020 aux cantons et aux communes des informations confirmant que rien ne s'opposait à la délivrance des permis de construire des antennes 5G. C'était le calcul du rayonnement qui était déterminant pour l'octroi du permis. L'absence de recommandation sur les mesures ne pouvait avoir d'incidence sur la validité de ce dernier.

14) Par décision du 1er octobre 2020, le TAPI a rappelé que le motif de la suspension qu'il avait ordonnée le 4 octobre 2019 n'était plus d'actualité, le groupe d'experts fédéral ayant rendu son rapport. Plus aucune « autre procédure » au sens de l'art. 14 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) n'était en cours, et l'instruction était reprise.

15) Par acte remis à la poste le 12 octobre 2020, la ville a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision, concluant à son annulation et au prononcé de la suspension de la procédure jusqu'à la réalisation par le DETEC de mesures d'essai déterminant de manière transparente l'exposition effective de la population aux antennes adaptatives et jusqu'à parution de l'aide à l'exécution du DETEC sur le traitement de ces antennes.

Le rapport des experts fédéraux était lacunaire et ne permettait pas de conclure que les autorisations de construire des installations de téléphonie mobile respectaient le principe de précaution. La mission impartie par le Conseil fédéral au DETEC devait d'abord être accomplie.

16) Le 26 octobre 2020, Swisscom a conclu à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet du recours.

La décision incidente ne créait pas de préjudice irréparable et l'admission du recours ne pouvait conduire immédiatement à une décision finale permettant d'éviter une procédure longue et coûteuse.

Sur le fond, Swisscom a repris ses arguments.

17) Le 12 novembre 2020, le DT a conclu à l'admission du recours, reprenant ses arguments.

18) Le 17 décembre 2020, la ville a répliqué, reprenant ses arguments.

19) Le 26 janvier, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

Leurs argumentations seront reprises en tant que de besoin dans la partie en droit du présent arrêt.

EN DROIT

1) Interjeté en temps utile, c'est-à-dire dans le délai de dix jours s'agissant d'une décision incidente (art. 4 al. 2 LPA) car prise pendant le cours de la procédure et ne représentant qu'une étape vers la décision finale (ATA/646/2018 du 19 juin 2018 consid. 1), et devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. b LPA).

2) En vertu de l'art. 57 let. c LPA, les décisions incidentes sont susceptibles de recours si elles peuvent causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse.

3) a. L'art. 57 let. c LPA a la même teneur que l'art. 93 al. 1 let. a et b de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110). Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le préjudice irréparable suppose que le recourant ait un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit immédiatement annulée ou modifiée (ATF 127 II 132 consid. 2a ; 126 V 244 consid. 2c ; 125 II 613 consid. 2a ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 422 n. 1265 ; Bernard CORBOZ, Le recours immédiat contre une décision incidente, SJ 1991 p. 628). Un préjudice est irréparable lorsqu'il ne peut être ultérieurement réparé par une décision finale entièrement favorable au recourant (ATF 138 III 46 consid. 1.2 ; 134 III 188 consid. 2.1 s. ; 133 II 629 consid. 2.3.1). Un intérêt économique ou un intérêt tiré du principe de l'économie de la procédure peut constituer un tel préjudice (ATF 127 II 132 consid. 2a ; 126 V 244 consid. 2c ; 125 II 613 consid. 2a). Le simple fait d'avoir à subir une procédure et les inconvénients qui y sont liés ne constitue toutefois pas

en soi un préjudice irréparable (ATF 133 IV 139 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_149/2008 du 12 août 2008 consid. 2.1). Un dommage de pur fait, tel que la prolongation de la procédure ou un accroissement des frais de celle-ci, n'est notamment pas considéré comme un dommage irréparable de ce point de vue (ATF 133 IV 139 précité consid. 4 ; 131 I 57 consid. 1 ; 129 III 107 consid. 1.2.1).

La chambre administrative a précisé à plusieurs reprises que l'art. 57 let. c LPA devait être interprété à la lumière de ces principes (ATA/663/2018 du 26 juin 2018 consid. 3c). Cette interprétation est critiquée par certains auteurs, qui l'estiment trop restrictive (Stéphane GRODECKI/Romain JORDAN, Code annoté de procédure administrative genevoise, 2017, n. 659 ss ad art. 57 LPA ; Stéphane GRODECKI/Romain JORDAN, Questions choisies de procédure administrative, SJ 2014 II p. 458 ss). Le Tribunal fédéral a cependant confirmé que les juges genevois pouvaient, sans arbitraire, interpréter l'art. 57 let. c LPA selon les principes dégagés par la jurisprudence du Tribunal fédéral au sujet de l'art. 93 LTF (arrêts du Tribunal fédéral 1C_317/2018 du 11 octobre 2018 consid. 2.2 ; 1C_278/2017 du 10 octobre 2017 consid. 2.3).

Lorsqu'il n'est pas évident que le recourant soit exposé à un préjudice irréparable, il lui incombe d'expliquer dans son recours en quoi il serait exposé à un tel préjudice et de démontrer ainsi que les conditions de recevabilité de son recours sont réunies (ATF 136 IV 92 consid. 4 ; ATA/663/2018 précité consid. 3d ; ATA/351/2018 du 17 avril 2018 consid. 2c).

b. La décision d'ordonner la suspension d'une procédure n'est en principe pas susceptible de causer un dommage irréparable (ATF 131 V 362 consid. 3.2 = RDAF 2006 I 617 [r.] ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_314/2008 du 17 septembre 2008 consid. 3.2). Toutefois, dans un arrêt rendu en matière pénale quelques mois avant le dernier cité, le Tribunal fédéral a jugé que dans le cas où la partie, estimant que sa cause n'a pas été jugée dans un délai raisonnable, se plaint d'une violation de l'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) ou d'une autre garantie correspondante, il y a lieu de renoncer à l'exigence du préjudice irréparable et d'entrer en matière sur le recours (ATF 134 IV 43 consid. 2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_81/2013 du 30 janvier 2013 consid. 2.1) ; toutefois, il incombe à la partie recourante, si la suspension est critiquée parce que la durée de la procédure à ce stade est déjà excessive, ou parce que cette mesure entraînera nécessairement la violation du principe de la célérité, d'exposer cette argumentation de manière précise (ATF 134 IV 43 consid. 2.5 ; ATA/548/2017 du 16 mai 2017 consid. 2b).

c. Dans une affaire dans laquelle le requérant recourait contre le refus opposé par l'autorité intimée de reprendre l'instruction de sa demande en délivrance d'une autorisation d'usage accru du domaine public en application de la loi sur les taxis et les voitures de transport avec chauffeur du 13 octobre 2016 (LTVTC - H 1 31), suspendue dans l'attente de l'issue de la procédure pénale à

son encontre, la chambre administrative a admis l'existence d'un préjudice irréparable : la décision avait pour effet de priver le recourant, qui avait été autorisé dès 2013 à exploiter en qualité d'indépendant un taxi de service privé, de son emploi de chauffeur de taxi et donc de sa source de revenus (ATA/646/2018 précité consid. 2b).

4) La seconde hypothèse de l'art. 57 let. c LPA suppose cumulativement que l'instance saisie puisse mettre fin une fois pour toutes à la procédure en jugeant différemment la question tranchée dans la décision préjudicielle ou incidente et que la décision finale immédiate qui pourrait ainsi être rendue permette d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (ATF 133 III 629 consid. 2.4.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_413/2018 du 26 septembre 2018 consid. 3 ; 1C_205/2011 du 16 mai 2011 consid. 2 ; ATA/365/2010 du 1er juin 2010 consid. 4c). Pour qu'une procédure soit « longue et coûteuse », il faut que la procédure probatoire, par sa durée et son coût, s'écarte notablement des procès habituels (arrêt du Tribunal fédéral 4A_162/2015 du 9 septembre 2014 consid. 2 et les références citées). Tel peut être le cas lorsqu'il faut envisager une expertise complexe ou plusieurs expertises, l'audition de très nombreux témoins, ou encore l'envoi de commissions rogatoires dans des pays lointains (ATA/1018/2018 du 2 octobre 2018 consid. 10d et les références citées).

5) En l'espèce, la suspension de l'instruction a été ordonnée à la demande du DT et avec l'appui de la ville dans l'attente d'un rapport d'experts commandé par l'OFEV. Le rapport a par la suite été publié et l'instruction a été reprise sur demande de Swisscom. La ville et le DT s'opposent à la reprise de l'instruction au motif que le rapport ne serait pas concluant, et qu'il faudrait attendre la mise en place par le DETEC des mesures ordonnées par le Conseil fédéral suite au rapport, au nom du principe de précaution.

a. La ville et le DT n'exposent pas en quoi la reprise de l'instruction devant le TAPI les exposerait à un préjudice irréparable.

Le fond du litige n'est pas encore tranché, et rien ne permet de conclure que le reprise de l'instruction causera à la ville, ou encore aux élèves ou aux habitants à proximité de l'installation concernée, un préjudice irréparable.

Au contraire, la reprise de l'instruction doit précisément permettre aux parties de discuter les conclusions du rapport dont elles attendaient la parution, soit en premier lieu leur pertinence pour la solution au fond du litige.

La ville et le DT invoquent encore le principe de précaution.

C'est toutefois dans le cadre de l'instruction que le principe de précaution pourra cas échéant être invoqué, et instruit, au vu de la réglementation et des connaissances actuelles, aux fins de déterminer si l'emplacement autorisé pour

l'installation de l'antenne serait susceptible de créer un danger qui ne serait cas échéant pas suffisamment pris en compte par la règlementation applicable.

Maintenir la suspension de l'instruction sur la base du principe de précaution interdirait de discuter la portée et l'applicabilité de ce dernier aussi longtemps que l'état des connaissances ou de la réglementation ne serait pas jugé satisfaisant par une partie, et porterait accessoirement une atteinte au principe de célérité dont pourrait se plaindre la partie adverse.

b. Compte tenu de ce qui précède, la seconde hypothèse de l'art. 57 le. c LPA n'entre pas non plus en ligne de compte.

La décision que la chambre de céans est appelée à prendre n'est en aucun cas susceptible de mettre fin au litige sur le fond. En effet, si la chambre de céans décidait d'admettre le recours et de prolonger la suspension jusqu'à l'adoption par le DETEC des mesures ordonnées par le Conseil fédéral, l'instruction serait reprise par le TAPI à la survenance de cet événement et il lui resterait alors à déterminer si la délivrance de l'autorisation querellée était conforme à la loi, y compris sous l'angle éventuel du principe de précaution.

Dans ces circonstances, le recours sera déclaré irrecevable.

6) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la Ville de Genève (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée à Swisscom (Suisse) SA qui n'indique pas avoir exposé de frais (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 12 octobre 2020 par la Ville de Genève contre la décision incidente du Tribunal administratif de première instance du 1er octobre 2020 ;

met un émolument de CHF 500.- à charge de la Ville de Genève ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens

de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à la Ville de Genève - département des constructions et de l'aménagement, au département du territoire - OAC, ainsi qu'à Swisscom (Suisse) SA.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mme Lauber, M. Mascotto, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	la présidente siégeant :
S. Hüsler Enz	F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :